



**University of
Zurich**^{UZH}

**Zurich Open Repository and
Archive**

University of Zurich
University Library
Strickhofstrasse 39
CH-8057 Zurich
www.zora.uzh.ch

Year: 2010

**Entwicklungen im Transplantationsrecht: unter besonderer Berücksichtigung
der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts**

Wittwer, Caroline ; Breitschmid, Peter

Posted at the Zurich Open Repository and Archive, University of Zurich

ZORA URL: <https://doi.org/10.5167/uzh-47294>

Journal Article

Published Version

Originally published at:

Wittwer, Caroline; Breitschmid, Peter (2010). Entwicklungen im Transplantationsrecht: unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts. Jusletter, 11:online.

Caroline Wittwer / Peter Breitschmid

Entwicklungen im Transplantationsrecht

Unter besonderer Berücksichtigung der Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechts

Die Organtransplantation gewinnt aus medizinischer und juristischer Sicht zunehmend an Bedeutung. Im Zusammenhang mit der Organknappheit stellen sich Fragen betreffend einer neuen Ordnung der Organzuteilung. Die Knappheit fördert aber auch Tendenzen zur Kommerzialisierung des menschlichen Körpers. In dem Beitrag werden einige neuere Entwicklungstendenzen behandelt, insbesondere die Auswirkungen des neuen Erwachsenenschutzrechtes auf die Transplantationsmedizin.

Rechtsgebiet(e): Gesundheitsrecht; Transplantationen

Zitiervorschlag: Caroline Wittwer / Peter Breitschmid, Entwicklungen im Transplantationsrecht, in: Jusletter 22. November 2010

Inhaltsübersicht

- I. Einleitende Bemerkungen, insbesondere zur rechtlichen Qualifikation von Organen
- II. Terminologie
- III. Die gesetzliche Ordnung der Organtransplantation
- IV. Auswirkungen von Art. 378 nZGB auf die Organtransplantation
- V. Patientenverfügung und Organspendeausweis
 - 1. Patientenverfügung im geltenden und im künftigen Recht
 - 2. Organspendeausweis
- VI. Weitere Probleme der Organtransplantation
 - 1. Neue medizinische Entwicklungen
 - 2. Mangel an Spenderorganen

Literaturverzeichnis

Materialienverzeichnis

I. Einleitende Bemerkungen, insbesondere zur rechtlichen Qualifikation von Organen

[Rz 1] Eine «*Sache*» zeichnet sich insbesondere durch «*Unpersönlichkeit*» aus. Ob der menschliche Körper als «*Sache*» verstanden werden kann, bedarf vorliegend der Klärung. Nach h.L. werden Organe, welche dem menschlichen Körper entnommen werden, und abgetrennte Körperteile durch die Trennung zu gewöhnlichen Sachen entsprechend dem Zivilrecht. Sie können in der Folge *rechtlich eingeordnet* werden, sind somit *handelbar* und weisen einen *Wert* auf¹.

[Rz 2] Der Corpus ist trotz seiner *Unpersönlichkeit* aber keine Sache, obwohl er Körperlichkeit aufweist, da die *menschliche Persönlichkeit nachwirkt* – es manifestiert sich die menschliche Scheu und der mitmenschliche Respekt vor dem Toten auch im Recht. Der Körper kann nicht Gegenstand von Rechten sein². Bei einer Lebendspende erwirbt der Organempfänger «*Eigentum eigener Art*», das ihm nicht die weitere autonome Verfügungsbefugnis, sondern nur die mögliche eigene Nutzung einräumt – es scheint zweifelhaft, ob der Organempfänger (soweit das medizinisch überhaupt denkbar wäre) eine weitere Transplantation gültig verweigern könnte.

[Rz 3] Anders verhält es sich bei einem toten Menschen. Da ein toter Körper zu Lebzeiten nicht als Sache betrachtet werden konnte, gilt er nach dem Tod in sachenrechtlichen Kategorien auch kaum als «*herrenlos*», da entweder der Verstorbene selbst oder seine Angehörigen verbindlich Anordnungen treffen können. Durch einen Organspendeausweis, durch eine von den Behörden ausgestellte Bewilligung oder auf Anordnung hin kann dennoch ein gleiches «*Eigentum eigener Art*» an den einzelnen Teilen eines toten Menschen erworben werden, das sich kaum in den klassischen zivilrechtlichen Terminologien erfassen lässt³.

[Rz 4] Das Anliegen, den Vorgang in (zivil-)rechtlichen

Kategorien zu erfassen, ist aber Ausdruck des Bestrebens eines rechtlich strukturierten, geordneten Vorgehens, welches dem Respekt vor dem Menschen und seinen Organen besser Rechnung trägt als die Tabuisierung und Ansiedlung der Fragen in einem ausserrechtlichen und damit zwar «*ethischen*», aber kaum beherrschbaren Bereich.

[Rz 5] Der Corpus wird u.a. durch die Grundrechte geschützt. Im Weiteren fand der menschliche Körper in der Vergangenheit nur «*ansatzweise*» in den Gesetzen Beachtung. Die rechtlichen Bestimmungen waren nach aussen lückenhaft, und es handelte sich um einzelne fragmentarische Regelungen. Es gab kantonale Regelungen, einen Bundesbeschluss oder die Rechtsprechung des Bundesgerichtes, auf die zurückgegriffen werden musste⁴. Am 1. Juli 2007 trat in der Schweiz das Transplantationsgesetz (gestützt auf Art. 119a BV) in Kraft. Es bildet die Rechtsgrundlage für die Verpflanzung von Organen, Geweben oder Zellen⁵.

[Rz 6] Die Transplantationsmedizin lässt sich aus verschiedenen Blickwinkeln betrachten. Es spielen ethische, theologische, medizinische, historische und rechtliche Aspekte hinein. Auf einen ethischen und einen medizinischen Aspekt soll kurz eingegangen werden:

[Rz 7] *Ethik* ist (nicht nur, aber ganz besonders) in der Transplantationsmedizin von grosser Bedeutung. Eine *Lebendorganspende* kann ein Zeichen von «*Nächstenliebe*» sein und bedeutet zugleich oftmals eine grosse psychische Belastung für alle Beteiligten, da sich die einzelnen Personen kennen (z.B. eine Nierenspende vom Partner oder der Partnerin oder unter Geschwistern)⁶. Zudem kann Druck entstehen, «*spenden*» zu müssen⁷. In der Folge stellt sich grundsätzlich die Frage, ob die Organtransplantation *ethisch* überhaupt vertretbar ist⁸. Das Abwägen von Nutzen und Risiken sollte auf einer sachlichen Diskussionsebene geführt werden⁹. Die

⁴ TAG/THIER, 103; DUMOULIN, 69.

⁵ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (TransplG), SR 810.21, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.21.de.pdf> (11. Oktober 2010); Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung), SR 810.211, http://www.admin.ch/ch/d/sr/c810_211.html (11. Oktober 2010).

⁶ WIESEMANN/BILLER-ANDORNO, 61; KNOEPFFLER, 103, die «*cross-over-Spende*» wird in den Niederlanden praktiziert. Dabei spendet ein Mensch ein Organ zu Gunsten einer ihm fremden Person. Eine andere Person aus dem sozialen Umfeld des Empfängers spendet dafür ein Organ, welches einer nahe stehenden Person des Spenders zu Gute kommt; HOFER, 129, zu den sechs Kategorien der Lebendspende.

⁷ VON ARBURG, Ein Hilferuf aus dem Briefkasten, Tagesanzeiger v. 29. Oktober 2010, 22, aus subjektiv-zwischenmenschlicher Sicht betrachtet ist das «*going public*» von Betroffenen (hier im Zusammenhang mit Blutstammzellen) durchaus verständlich und nicht selten ein Ausdruck von Verzweiflung. Aus *ethischer* Sicht hingegen ist diese Vorgehensweise bedenklich, da so Druck zur Organspende auf das soziale Umfeld ausgeübt werden kann.

⁸ FURGER, 101.

⁹ NETT, Schweiz Med Forum 2003, 561.

¹ BREITSCHMID, FS Rey, 13, 15; TAG, Zellen, 59 ff.

² BREITSCHMID, FS Rey, 13; DEUTSCH/SPICKHOFF, N 857 ff.

³ TAG, Zellen, 59 ff.; NAGEL, 109 ff., zum Organentnahmevertrag bei der Lebendspende.

Organspende *post mortem* hat im Sinne des Verstorbenen und mit viel Bedacht zu geschehen¹⁰.

[Rz 8] Wird die Transplantationsmedizin aus einem *medizinischen Blickwinkel*¹¹ betrachtet, ergeben sich unterschiedliche Fragestellungen. Ist der Hirntod als Kriterium für den Todeseintritt und die Entnahme von Organen ein berechtigtes Merkmal¹²? Welches sind die Voraussetzungen für eine Organspende und welche Eigenschaften muss der Organempfänger aufweisen¹³?

[Rz 9] Das *Hirntodkonzept* ist momentan weltweit die üblichste Form des Kriteriums für den Tod eines Menschen und den irreversiblen Funktionsausfall des Gehirnes, um in einem weiteren Schritt die Organtransplantation zu ermöglichen. Anders das *Herz-Kreislauf Todeskonzept*, welches auf einen Funktionsausfall des Herzens abstellt. Dieses Konzept stand bis in die späten sechziger Jahre des vergangenen Jahrhunderts im Vordergrund. Das Ganzhirntodeskonzept musste bisher viel Kritik einstecken. Es gab Befürworter des Herz-Kreislauf Todeskonzeptes, welche sich das «klassische Modell» zurückwünschten. Andere Kritiker fanden das Ganzhirntodeskonzept ungeeignet, um den Tod eines Menschen festzustellen oder warfen dem Konzept vor, als «Organbeschaffungsmassnahme» verbreitet worden zu sein¹⁴. Diese Diskussion wird wohl weiter geführt (werden müssen). Die Vorstellung, dass «Gott» den «Schalter» umlegt und der Tod – dem erbrechtlichen Konzept der Universalsukzession in der «logischen Sekunde des Todes» folgend (Art. 537 und Art. 560, je Abs. 1 ZGB) – sozusagen sekundengenau eintritt, ist zweifellos blosses juristisches Hilfskonstrukt. Nicht anders als beim Lebensbeginn (Lebensanfang und Lebensende werden in Art. 31 ZGB klugerweise nur approximativ gesetzlich bestimmt) sind die Behandlungs- und Steuerungsmöglichkeiten am Lebensende in einer Art entwickelt worden, dass längst nicht mehr «die Natur» waltet, sondern «Behandlung» den Verlauf – und den Todeszeitpunkt – zu gestalten vermag. Dies zu tabuisieren ist gefährlicher als der Behandlungsvorgang an sich, da palliative Behandlung geradezu den Übergang des Behandlungskonzeptes von Lebenserzwingung auf

Lebensablösung darstellt – schon jeder lebzeitige Behandlungsentscheid war menschlich (ärztlich) gesteuert, und so auch der Entscheid, die Behandlung und das Leben ausleben zu lassen.

II. Terminologie

[Rz 10] Unter «*Transplantation*» wird die «*Übertragung von Zellen, Geweben od. Organen (s. Transplantat) auf ein anderes Individuum od. an eine andere Körperstelle zu therap. Zwecken*» verstanden¹⁵.

[Rz 11] Die *Lebendorganspende* von Organen, Geweben oder Zellen ist heute besonders von Bedeutung, da die Zahl der Leichenspenden rückläufig ist¹⁶. Entnommen und transplantiert werden verschiedene Gewebe, Zellen oder Organe (z.B. Niere, Leber, Dünndarm, Lunge, Bauchspeicheldrüse (Pankreas) oder Knochenmark). Die wohl häufigste und bekannteste Lebendspende dürfte die Blutspende sein¹⁷.

[Rz 12] Davon zu unterscheiden ist die *postmortale Organentnahme*. Hierbei werden einer verstorbenen Person Zellen, Gewebe und Organe aller Art (inzwischen werden gar «Gesichter» transplantiert¹⁸) entnommen. Als Todeskriterium wird das Hirntodkonzept herangezogen¹⁹.

[Rz 13] Dass selbst Routineeingriffe, wie z.B. eine *Hornhauttransplantation*²⁰, ein gewisses Risiko mit sich bringen, zeigt der Fall der 22-jährigen Lea (Name geändert, der Autorin bekannt). Während des operativen Eingriffs kam es zu Komplikationen, an deren Folgen die junge Patientin starb. Der Fall liegt heute bei der Staatsanwaltschaft und steht im Zentrum weitläufiger rechtlicher Ermittlungen²¹.

[Rz 14] *Künstliche Organe* dienen dem «*Organersatz*» und bilden eine Art «*Hilfsorgan*». Dabei handelt es sich um medizintechnische Vorrichtungen, welche hochkomplex sind.

¹⁰ WIESEMANN/BILLER-ANDORNO, 60.

¹¹ STAUB, 13 f., das Verhältnis zwischen Spiritualität und Organspende; SCHOTT, 45 ff., zum Leichnam aus medizin-historischer Sicht.

¹² FURGER, 101, zur Transplantationsmedizin aus theologischer Sicht; LACHENMEIER, 68 ff., zu den verschiedenen Hirntod-Konzepten; *Gesellschaftsberichte* – Gedanken zur Organspende, Vortrag anlässlich der Eröffnung der Salzburger Hornhautbank von Prälat Dr. J. Neuhardt, Salzburger Dom am 04.10.96, *Spectrum der Augenheilkunde* 1997, 119-122.

¹³ Was passiert, wenn die verstorbene Person einen Organspendeausweis auf sich trägt, die Angehörigen mit der Organspende einverstanden sind und die Klinik eine Spende ablehnt? Nachfolgend sollen einzelnen Fragen nachgegangen werden (vgl. Anm. 20)

¹⁴ LACHENMEIER, 70 ff., zu den verschiedenen Ansichtsweisen und Todeskonzepten; BUCHER, 32 ff., zu den kritischen Stimmen zur Hirntod-Debatte; BIRNBACHER, 28 ff., zu den Gründen, welche für das Hirntodkonzept sprechen; WITTMER/SCHÄFER/FREWER, 101.

¹⁵ Vgl. <http://www.wdg.psychyrembel.de> (11. Oktober 2010).

¹⁶ Vgl. die Statistik unter <http://www.bag.admin.ch/transplantation/00692/00941/04402/index.html?lang=de> (11. Oktober 2010).

¹⁷ TREMP, 3 ff.; HOFER, 103 ff., 105, zur Lebendorganspende; Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW, Lebendspende von soliden Organen (2008), abrufbar unter: <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltinge-Richtlinien.html> (11. Oktober 2010).

¹⁸ Vgl. der Fall «Conny Culp» http://www.focus.de/gesundheit/news/gesichtstransplantation-ein-neues-antlitz-fuer-connie-culp_aid_396589.html (11. Oktober 2010), zwar scheinen der Spitzenmedizin aus ethischer Sicht kaum Grenzen gesetzt (da Heilung letztlich ethisch ist und Kosten-/Nutzenrelationen weitgehend tabuisiert sind); andererseits ist das äussere Erscheinungsbild eines schwerst verunstalteten Patienten doch elementarer Aspekt des Menschseins bspw. um mit anderen Menschen in Kontakt treten zu können.

¹⁹ LACHENMEIER, 68 ff., zu den verschiedenen Hirntod-Konzepten.

²⁰ BIRNBAUM F./REINHARD T., 274, bei der *Corneatransplantation* handelt es sich um eine der häufigsten und erfolgreichsten Transplantationen überhaupt.

²¹ Vgl. hierzu die Berichte vom 22. Dezember 2008 unter <http://www.20min.ch/> (22. Dezember 2008) sowie die Berichterstattung auf Tele-Züri vom Dezember 2008.

Bekannt sind die *Dialyseapparate*, welche der Blutreinigung dienen. Implantate, z.B. der *Herzschrittmacher*²² oder das *Cochlea-Implantat*²³, sind technische Geräte, welche in den Körper eingesetzt werden müssen. Sie unterstehen gemäss Art. 2 Abs. 2 lit. a TransplG nicht dem Transplantationsgesetz, da sie keine Organe sind²⁴. Nach dem aktuellen Stand der Wissenschaft ist es bis heute nicht möglich, einer hochgradigen bzw. einer an Taubheit grenzenden Schwerhörigkeit mit den Mitteln der Transplantationsmedizin zu begegnen. Die Gen- oder Stammzelltherapie von Hörstörungen liegt in weiter Ferne. Auch die Haarzellregeneration ist klinisch noch nicht relevant. Was die Zukunft in zwei oder mehr Jahrzehnten ermöglichen wird, ist nur schwer abschätzbar²⁵. Vorläufig ist die medizinische Behandlung einer hochgradigen bzw. an Taubheit grenzenden Hörstörung einzig mit dem *Cochlea-Implantat* möglich. Dieses hat als «künstliches Organ» nach heutigem Kenntnisstand lebenslänglich zu dienen. Dennoch ist die gesetzliche Regelung im Heilmittelgesetz sinnvoll, da das *Cochlea-Implantat* einerseits den Organbegriff nach Art. 3 lit. a TransplG nicht erfüllt und andererseits ein Medizinprodukt i.S. des Heilmittelgesetzes darstellt²⁶.

[Rz 15] Bis heute gibt es keine Möglichkeit, dass künstliche Organsysteme einen biologischen Körperteil gänzlich ersetzen können²⁷. Vielmehr werden sie heute (wo möglich) zur Überbrückung eingesetzt, bis eine Organspende möglich ist (z.B. Dialyse). Momentan tritt vermehrt die *Kosten-Nutzen-Frage*

in den Vordergrund. Es ist z.B. billiger, eine Niere zu transplantieren, als jahrelang eine Dialyse durchzuführen²⁸.

[Rz 16] Alle volljährigen²⁹ Personen haben die Möglichkeit, ihren Körper durch eine entsprechende schriftliche letztwillige Verfügung zu Lebzeiten und in vollem Besitz ihrer geistigen Kräfte nach dem Tod zugunsten eines anatomischen Institutes der Wissenschaft zur Verfügung zu stellen³⁰.

[Rz 17] Eine andere Form ist die Körperspende zur *Plastination*. Die Präparate von Gunther Hagens (umstrittener) Ausstellung «*Körperwelten*» stammen von Menschen, welche zu Lebzeiten freiwillig im Zustand der Urteilsfähigkeit letztwillig über ihren toten Körper zugunsten der Ausstellung verfügt haben³¹.

III. Die gesetzliche Ordnung der Organtransplantation

[Rz 18] Das Transplantationsgesetz (TransplG) trat am 1. Juli 2007 in Kraft. Zuvor gab es nur einzelne lückenhafte Regelungen auf kantonaler Ebene³².

[Rz 19] Das Gesetz regelt die *Voraussetzungen* unter denen Organe, Zellen und Gewebe transplantiert werden dürfen (Art. 8 ff. TransplG regelt die Organspende bei *verstorbenen* Personen). Bei Organentnahmen «*post mortem*» gilt als Todeskriterium das Hirnstamm-Todeskonzept (Art. 9 Abs. 1 TransplG). Es wird nicht vorausgesetzt, dass der potentielle Spender vor seinem Tod über die Organentnahme aufgeklärt worden ist³³. In der Schweiz findet die *erweiterte Zustimmungslösung* Anwendung. Damit Organe aus rechtlicher Sicht nach dem Tod eines Menschen entnommen werden dürfen, muss zu Lebzeiten eine gültige Einwilligung zur Organentnahme abgegeben worden sein. Wurde kein entsprechender Wille geäussert, so sind die nächsten Angehörigen zur Einwilligung in eine Organentnahme zu befragen (Art. 8 Abs. 1 und 2 TransplG)³⁴.

²² LG Mainz MedR 1984, 199, nach dem Tod wurde dem Leichnam ein Herzschrittmacher durch den Arzt aus der Brust entfernt. Die Ehefrau (zugleich Erbin) verlangte die Herausgabe. Das Gericht billigte ihr das Aneignungsrecht zu.

²³ BATTMER, 1 ff., das Cochlea-Implantat (auch Cochlear-Implantat/CI) ist eine Hörprothese zur Versorgung von taub geborenen Kindern oder ertaubten Erwachsenen. Das CI findet bei hochgradiger oder an Taubheit grenzender Innenohrschwerhörigkeit Verwendung; vgl. <http://www.cochlea-implantat.ch/informationen/das-cochlea-implantat.php> [*** Element Strong was declared #PCDATA but contains non text nodes in Entity] (11. Oktober 2010).

²⁴ DUMOULIN, 31; SCHROTH, TPG-Komm., § 1, N 11; TAG, Bundesgesetz, 511, 514 f.; EICHENBERGER, BSK-HMG, Art. 45 HMG, N 48 ff., N 53 ff.; vgl. auch das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (TransplG), SR 810.21, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.21.de.pdf> (11. Oktober 2010); GÄCHTER/VOLLENWEIDER, § 9, N 887 ff., N 937 ff., zu den Medizinprodukten; Def. von aktiv implantierbaren Medizinprodukten in Art. 1 Abs. 4 der Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (Mep V), 812.213, abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/sr/c812_213.html (11. Oktober 2010).

²⁵ KELLER, 157 ff., die Zukunft der Gewebetransplantation könnten z.B. Herzkappen aus dem Bioreaktor sein.

²⁶ Vgl. Anm. 24 und 27.

²⁷ DELB/BLOCHING, HNO 2008, 6 ff., die Gen- oder Stammzelltherapie von Hörstörungen liegt noch in weiter Ferne; ebenso SENN/HELLER, HNO 2008, 21 ff.; LÖWENHEIM, HNO 2008, 289 ff., die Haarzellregeneration bei Hörstörungen ist bis heute noch nicht klinisch relevant; DEUTSCH/SPICKHOFF, N 869, keine künstlichen Körperteile sind Brillen, Toupets, Hörgeräte oder Zahnersatz. Sie bleiben Sachen.

²⁸ KIRSTE, 24 ff., zur Nierentransplantation; BREITSCHMID/MATT, 83; die Kosten für eine Nierentransplantation liegen bei CHF 65'000.--, während eine Dialyse wesentlich kostspieliger ist, vgl. <http://www.bag.admin.ch/transplantation/> (11. Oktober 2010).

²⁹ Vgl. Anm. 59, demnach können schon 16-jährige Personen eine gültige Einwilligung in die Organspende «post mortem» erteilen (Art. 8 Abs. 7 TransplG).

³⁰ Vgl. <http://www.anatom.uzh.ch/Bodydonation.html> (11. Oktober 2010).

³¹ TAG, Konservierung, 387 ff.; WETZ/TAG, 8; KELLER, 174 ff., zur Ausstellung «Körperwelten».

³² Vgl. obige Anm. 5; Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (TransplG), SR 810.21, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.21.de.pdf> (11. Oktober 2010).

³³ SCHROTH, TPG-Komm., § 3, N 6 ff., N 10; BREITSCHMID/MATT, 76 ff., zum *Informed-Consent-Prinzip*; JOSSELYN, 16 ff.

³⁴ BGE 101 II 177, «Klage der Angehörigen eines Verstorbenen, dem zum Zwecke einer Transplantation ein Organ entnommen worden war, wegen Verletzung in den persönlichen Verhältnissen.»

[Rz 20] Art. 12 TransplG schützt urteilsfähige und unmündige Personen (vgl. die Legaldefinition in Art. 16 ZGB)³⁵. Diese müssen umfassend aufgeklärt worden sein (*Informed-Consent-Prinzip*) und schriftlich zugestimmt haben. Es darf weder für das Leben des Spenders oder seine Gesundheit ein Risiko bestehen. Für den Organempfänger darf keine andere therapeutische Methode als die Transplantation in Frage kommen. Art. 13 TransplG sieht den Schutz urteilsunfähiger und unmündiger Personen vor. Organe, Zellen und Gewebe dürfen diesen Menschen nicht entnommen werden. Ausnahmen beziehen sich einzig auf regenerierbares Gewebe und Zellen. Die urteilsunfähige Person ist soweit als möglich in das Zustimmungsverfahren mit einzubeziehen³⁶.

[Rz 21] Gemäss Art. 14 Abs. 1 TransplG muss bei der Lebendspende sichergestellt sein, dass der Spender zureichend versichert ist. Der 4. Abschnitt des TransplG regelt die Zuteilung der Organe. Massgebliche Kriterien für die Zuteilung sind die medizinische *Dringlichkeit*, der *Nutzen* der Transplantation sowie die *Wartezeit* (Art. 18 lit. a-c TransplG)³⁷. *Künstliche Organe*, Blut (ausgenommen Blutstammzellen), Blutprodukte und Keimzellen fallen nach Art. 2 Abs. 2 nicht unter das TransplG³⁸. Die Spende von Organen, Zellen und Geweben muss *unentgeltlich* sein (Art. 6 TransplG). Es darf *kein Handel* betrieben werden (Art. 7 TransplG).

IV. Auswirkungen von Art. 378 nZGB auf die Organtransplantation

[Rz 22] Art. 13 Abs. 2 lit. f TransplG sieht für die Entnahme von regenerierbaren Geweben oder Zellen bei urteilsunfähigen oder unmündigen Personen die freie und schriftliche Zustimmung des gesetzlichen Vertreters vor. Darunter ist jeder rechtmässige Vertreter i.S.v. Art. 378 nZGB (Vertretung bei

medizinischen Massnahmen von Gesetzes wegen) zu verstehen. In dieser neuen Bestimmung wird in einer Kaskade vorgesehen, welche Personen der Reihe nach zur Vertretung berechtigt sind (Beistand/Beiständin, Ehegatte, eingetragener Partner, Eltern, Kinder, zuletzt Geschwister)³⁹.

[Rz 23] Nach Art. 10 Abs. 1 TransplG ist eine Vertretung von urteilsunfähigen Personen zu vorbereitenden medizinischen Massnahmen ausgeschlossen. Hinzuweisen ist hier auf Art. 7 Abs. 2 lit. g Sterilisationsgesetz⁴⁰. Einerseits ist die Einwilligung der Vormundschaftsbehörde bei urteilsunfähigen Menschen nötig, andererseits ist eine Vertretung in absolut höchstpersönlichen Rechtsbelangen grundsätzlich ausgeschlossen. Wo in der bestehenden Gesetzgebung der Begriff der «nächsten Angehörigen» aufscheint (etwa Art. 8 Abs. 3 TransplG oder Art. 8 Abs. 2 lit. a SterilisationsG), müsste diese unbestimmte Ordnung nach der Kaskade von Art. 378 nZGB (einschliesslich der Konfliktordnung nach Art. 381 Abs. 2 nZGB) konkretisiert werden⁴¹.

V. Patientenverfügung und Organspendeausweis⁴²

1. Patientenverfügung im geltenden und im künftigen Recht

[Rz 24] Die *Patientenverfügung* richtet sich an Ärzte und Pflegepersonal. Sie enthält Informationen zur Behandlungsablehnung betreffend Schmerzmedikation, künstlicher Ernährung (z.B. PEG-Sonde), Reanimation und Intensivtherapie (z.B. künstliche Beatmung bei apallischem Syndrom).

[Rz 25] Prinzipiell ist der Verfasser der Verfügung betreffend den Inhalt frei. Es ist auch möglich, Angaben dazu zu machen, ob der Patient Untersuchungen zu Forschungszwecken, *eine Organspende oder eine Obduktion ablehnt oder gutheisst*. Behandlungswünsche können eingebracht

³⁵ Vgl. die Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW, Lebendspende von soliden Organen (2008), abrufbar unter: <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html> (11. Oktober 2010).

³⁶ In den USA wurde in Gerichtsentscheiden eine Organspende von einwilligungsunfähigen Menschen unterschiedlich beurteilt: *In re Richardson* 284 So.2d 185 (Court of Appeals Louisiana 1973), Empfänger einer Niere war die 32-jährige Tochter und Spender ein Sohn mit Trisomie 21 der gleichen Familie. Obwohl die Eltern ihre Zustimmung gegeben hatten, schützte das Gericht den an Mongolismus leidenden Sohn. Die Tochter erhielt in der Folge eine Dialyse; *Strunk v. Strunk* 445 S.W.2d 145 (Court of Appeals Kentucky 1969), das Gericht erlaubte die Nierenspende eines geistig Zurückgebliebenen an seinen Bruder, um dessen Leben zu retten (beide waren zwischen 25 und 30 Jahre alt).

³⁷ Am 1. November 2008 trat für die Schweiz die Biomedizinkonvention (BMK) in Kraft. Art. 19-22 BMK enthalten Standards zur Transplantationsmedizin: Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) vom 4. April 1997 <http://www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf> (28. Oktober 2010); SCHROTH, TPG-Komm., Einl., N 9; FATEH-MOGHADAM, 189, zur Entnahme von regenerierbarem Gewebe bei Urteilsunfähigen.

³⁸ Vgl. Anm. 24.

³⁹ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 6; AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1061; vgl. die Unterlage zu einem Referat von BREITSCHMID/WITTWER anlässlich des Symposiums «Gesundheitsrecht zwischen Wandel und Tradition – Chancen und Herausforderungen» an der Yeditepe Üniversitesi, Istanbul, am 10. September 2009, 16.

⁴⁰ Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisation (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1), <http://www.admin.ch/ch/d/as/2005/2499.pdf>, (letztmals abgerufen am 25. Oktober 2010); GÄCHTER/BÜCHLER, ch. 3 § 2, 115, zur Sterilisation.

⁴¹ FANKHAUSER, BJM 2010, 6.

⁴² Vgl. hierzu (mit wenigen Änderungen) die Unterlage zu einem Referat von BREITSCHMID/WITTWER anlässlich des Symposiums «Gesundheitsrecht zwischen Wandel und Tradition – Chancen und Herausforderungen» an der Yeditepe Üniversitesi, Istanbul, am 10. September 2009 sowie der nicht entscheidungsfähige Patient – Patientenverfügung, keine Patientenverfügung, unklare oder überholte Weisungen, Unterlage von BREITSCHMID/WITTWER zum Modul «MEDIZINRECHT I» des BmEL-Doktoratsprogramms/Law Track (HS 2010, 19. November 2010).

werden bis hin zur Maximalbehandlung⁴³. Grundsätzlich gilt das Prinzip, je «realistischer» eine Patientenverfügung ausgestaltet wird, umso höher ist der Grad der zu erreichenden Bindungswirkung⁴⁴. Inhalt einer Patientenverfügung kann somit nur sein, was sich in einem rechtlich erlaubten Rahmen bewegt. Unmöglich kann von medizinischem Personal (Ärzten oder Pflegepersonal) erwartet werden, dass es sich strafbar macht. Hier sei z.B. auf aktive Sterbehilfe hingewiesen, welche in der Schweiz verboten ist⁴⁵.

[Rz 26] Die *Patientenverfügung* wird mit der Revision des Vormundschaftsrechtes durch das künftige Erwachsenenschutzrecht einige Änderungen erfahren. So kann jemand in verbindlicher Art und Weise einerseits die medizinischen Massnahmen in einer Patientenverfügung regeln und zudem eine natürliche Person seines Vertrauens als Vertretung bezeichnen, die in seinem Namen im Fall der Urteilsunfähigkeit solche Entscheidungen in medizinischen Angelegenheiten für ihn trifft (Art. 370 ff. nZGB)⁴⁶, wobei diese in gewissem Rahmen auch der «Entwicklung» (Auslegung) bedarf (Art. 372 Abs. 2 nZGB: Prüfung, ob die Anordnungen «noch dem mutmasslichen Willen» entsprechen).

[Rz 27] In einem weiteren Schritt ist es möglich, den Besitz einer Patientenverfügung in der *Versichertenkarte* eintragen zu lassen (Art. 371 Abs. 2 nZGB)⁴⁷. Es liegt aber in der Eigenverantwortung des Verfassers, wie das Medizinalpersonal vom Inhalt der Patientenverfügung Kenntnis erlangt, z.B. indem der Aufbewahrungsort ebenfalls auf der Karte gespeichert wird.

[Rz 28] Grundsätzlich kann auch ein *urteilsfähiger Minderjähriger* eine Patientenverfügung errichten, denn Handlungsfähigkeit wird nicht vorausgesetzt, einzig Urteilsfähigkeit⁴⁸.

Inhaltlich darf die Patientenverfügung weder gesetzlichen Vorschriften noch Standesrecht widersprechen⁴⁹.

[Rz 29] Die Patientenverfügung ist schriftlich zu errichten, mit dem aktuellen Datum zu versehen und vom Verfasser zu unterzeichnen (Art. 371 Abs. 1 nZGB)⁵⁰. Für den Widerruf ist ebenfalls die Schriftlichkeit vorgesehen. Dieser ist bei Urteilsfähigkeit jederzeit möglich. Grundsätzlich gelten in Analogie die Bestimmungen des Vorsorgeauftrages⁵¹. Die rechtliche Ordnung der Frage darf indes nicht dazu führen, dass ein (beweisbarer, nachvollziehbarer, aber) *formlos* geäussertes Wille zum vornherein als «nicht-existent» betrachtet wird.

[Rz 30] Rechtstechnisch bemerkenswert ist, dass mit der *Patientenverfügung* eine *Delegation typischerweise höchstpersönlicher* (und damit eigentlich nicht delegationsfähiger) *Anordnungen* erfolgen kann. Das ist richtig, weil die Persönlichkeit besser respektiert wird, wenn sie (adäquat) vertreten wird, als wenn sie gewissermassen «brach liegt»; dennoch weist das Thema besondere Sensibilität auf, weshalb die Wahrnehmung der Vertretung zu verifizieren sein kann.

2. Organspendeausweis

[Rz 31] Auf den *Organspendeausweis*⁵² dürften die Bestimmungen zur Patientenverfügung in vielerlei Hinsicht ebenfalls Anwendung finden. Vorliegend interessieren allfällige Unterschiede bzw. was gleich bleibt.

[Rz 32] Damit die Wirksamkeitsvoraussetzungen des Organspendeausweises gegeben sind, darf dieser vor dem Tod nicht widerrufen worden sein und nicht auf Zwang beruhen. Die Willensbildung des Organspenders muss zudem nicht frei von *Mängeln* sein. Falsche Vorstellungen des Organspenders über die Todesumstände (der potentielle Organspender hat die Vorstellung, seine Organe würden ganz, in Wirklichkeit werden hingegen nur Organteile verwendet) berühren die Wirksamkeit der Einverständniserklärung nicht⁵³. Vielmehr reicht es, wenn der Spender zu Lebzeiten ohne Zwang in die Organentnahme eingewilligt hat. In Analogie zur Patientenverfügung müsste es u.E. möglich sein, die Organspendebereitschaft in der *Versichertenkarte* eintragen zu lassen (Art. 371 Abs. 2 nZGB)⁵⁴.

⁴³ RUDOLF/BITTLER/ROTH, N 214; ZEUG KATRIN, Nicht gegen meinen Willen, DIE ZEIT, 9. September 2010, Nr. 37, 38, wie die Patientenverfügung in der Psychiatrie eingesetzt wird; WIDMER BLUM, 155 ff., zum Inhalt einer Patientenverfügung; HAUSHEER/GEISER/AEBI-MÜLLER, §2, N 2.38 ff., zur Patientenverfügung; SCHWARZENEGGER/MANZONI/STUDER/LEANZA, http://jusletter.weblaw.ch/article/de/_8640 (letztmals eingesehen am 20. September 2010), Rz. 41 ff., Untersuchung u.a. über die statistische Bedeutung von Patientenverfügungen.

⁴⁴ PFÄNDLER, Plädoyer 2007, 32; SPIEWAK MARTIN, Künstliche Ernährung, Leben am Schlauch, DIE ZEIT, 28. Mai 2009, Nr. 23, 39 f., zur inhaltlichen Bedeutung der Patientenverfügung.

⁴⁵ Vgl. LAUFS/UHLENBRUCK, § 132, N 37; DONATSCH, § 1, Art. 115 StGB, 19, zur aktiven Sterbehilfe; BRÜCKNER, 148; DUNGER, 39; PETERMANN, Sterbehilfe, 169 ff., ethische Überlegungen zur Sterbehilfe.

⁴⁶ PFÄNDLER, Plädoyer 2007, 31; AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1061, HAAS, N 373; HÄFELI, FamPra.ch 2007, 5.

⁴⁷ Fankhauser, BJM 2010, 251.

⁴⁸ Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBl 2006, 7001 ff., 7031 f., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBl 2009, 141 ff.).

⁴⁹ Vgl. Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Patientenverfügung vom 19. Mai 2009, <http://www.samw.ch/de/Aktuell/News.html> (letztmals aufgerufen am 11. Oktober 2010), 7.

⁵⁰ HÄFELI, FamPra.ch 2007, 5.

⁵¹ ARTER, ST 2007, 558 ff.; AFFOLTER, AJP/PJA 2006, 1060 f.

⁵² Ein Muster eines Organspendeausweises findet sich unter: <http://www.swisstransplant.org/11/> (28. Oktober 2010). Es ist jedoch auch möglich die Zustimmung zur Organtransplantation in einer anderen Form abzugeben, hierzu: SCHROTH, TPG-Komm., § 2, N 17, § 3, N 6.

⁵³ SCHROTH, TPG-Komm., § 3, N 6 ff., N 10; MADER, 151 ff., zur Information der Bevölkerung betreffend Organspende.

⁵⁴ Vgl. Anm. 47; BREITSCHMID/GEHRING/THEILER, SaeZ 2005, 2751 ff., zur Weitergabe von Patientendaten an Versicherer, die tendenziell zu wenig kritisch betrachtet wird: Das Wissen des Versicherers um Organspendebereitschaft

[Rz 33] Die Lebendspende darf nur vorgenommen werden, wenn der Patient zuvor im Sinn von Art. 12 lit. b TransplG *umfassend informiert* wurde⁵⁵. Ob für eine *Lebendorganspende* Urteilsfähigkeit und/oder Mündigkeit vorausgesetzt wird, bestimmt sich nach Art. 12 und 13 TransplG⁵⁶. Demnach setzt die Lebendorganspende nach Art. 12 lit. a und Art. 13 Abs. 1 TransplG Urteilsfähigkeit und Mündigkeit voraus (hierzu auch die Legaldefinition in Art. 16 ZGB)⁵⁷. Einzige Ausnahmen bilden *regenerierbares* Gewebe sowie Zellen, welche urteilsunfähigen oder unmündigen Personen entnommen werden dürfen (Art. 13 Abs. 2 TransplG)⁵⁸. Anders sieht es bei der *Organspende* «*post mortem*» aus. Dort ist es bereits für 16-Jährige möglich, in einer Erklärung die Einwilligung zur Organspende abzugeben (Art. 8 Abs. 7 TransplG bezieht sich einzig auf das Alter)⁵⁹.

VI. Weitere Probleme der Organtransplantation

1. Neue medizinische Entwicklungen

[Rz 34] In England ist es gestattet, dass Eltern für ein schwerkrankes Kind durch künstliche Befruchtung ein Geschwisterchen zeugen und auswählen, welches sich als potentieller Organ- oder Zellspender eignet. Ebenfalls in England ist es gesetzlich zulässig, aus menschlichem Erbgut und Eizellen von Tieren Embryonen für die Stammzellforschung herzustellen (sog. Chimären-Stammzellen)⁶⁰. Neben Schweden

besitzt England die liberalste Gesetzgebung innerhalb Europas⁶¹.

[Rz 35] Hierzulande sind die Gesetze wesentlich strenger. Es ist in der Schweiz verboten Chimären-Stammzellen herzustellen. Ebenfalls verboten ist die Erzeugung eines Embryos zu Forschungszwecken (Art. 3 Abs. 1 lit. a und c StFG)⁶². Ob es bei uns künftig möglich sein wird, Erkrankungen wie z.B. die Mukoviszidose mit Stammzellen zu behandeln, ist äusserst fraglich⁶³. Da das Recht eher reaktiv agiert, die Gesetzgebungsverfahren lange dauern und immer wieder gleiche Vorbehalte thematisiert werden, führt dies dazu, dass eine grundsätzlich prohibitive Ordnung eher die Nebenwirkungen der Prohibition – nämlich Schattengeschäfte in Grauzonen – als die Ethik fördert. Es könnte nachhaltiger sein, statt punktueller Detailregelungen «Prinzipien» durchzusetzen; es könnte zu mehr Verantwortungsbewusstsein führen, wenn mit einer ethischen Nachkontrolle jeglicher Entscheidung zu rechnen wäre – ähnlich dem Rechtsmissbrauchsverbot von Art. 2 Abs. 2 ZGB, das stets vorbehalten bleibt –, als wenn man sich explizit auf die Lücke einer pedantischen Ordnung berufen und die Verantwortung dem zögernden Gesetzgeber anlasten kann.

2. Mangel an Spenderorganen

[Rz 36] Eine menschliche Organspende muss freiwillig und ohne Zwang erfolgen. Die *Organbeschaffung* ist immer wieder Gegenstand zahlreicher Diskussionen, da die Spendebereitschaft in der Schweiz abnimmt und die Anzahl Spenden grundsätzlich rückläufig ist⁶⁴. Ein junger toter (und zerlegter) Körper hat einen «Wert» von bis zu 250'000 Euro⁶⁵. Dies begünstigt den Organhandel, denn in armen Ländern dürften der finanzielle Aspekt und der Weg aus der Armut im Vordergrund stehen. In der Schweiz ist der Handel mit Organen oder Geweben verboten (Art. 7 TransplG). Nach Art. 6 TransplG ist die Organspende unentgeltlich (vgl. Art. 119a BV); dies soll der Kommerzialisierung und Vermarktung des menschlichen Körpers entgegenstehen⁶⁶. Das Gesetz sieht jedoch insoweit keine Beschränkung vor, als der Lebendspender für Aufwendungen, welche ihm durch die Organspende entstanden sind, entschädigt wird (Art. 7 Abs. 2 lit. a TransplG). Obwohl

könnte zu wenig willkommener Verknüpfung tarifarischer Vorteile (mithin: einer versteckten Entschädigung) oder zu Benachteiligung wegen erhöhten Risikos führen.

⁵⁵ GUTMANN/SCHROTH, 44 ff., zum Informed-Consent bei der Lebendspende in Europa.

⁵⁶ Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (TransplG), SR 810.21, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.21.de.pdf> (11. Oktober 2010).

⁵⁷ PETERMANN, N 72 ff., zur Urteilsfähigkeit.

⁵⁸ TREMP, 58 ff.

⁵⁹ TREMP, 60. – Die Handhabung der Altersdifferenzierungen ist eher buchhalterisch und sachlich wenig überzeugend, aber selbstverständlich von einem grundsätzlich sinnvollen Schutzgedanken getragen; man kann sich aber z.B. füglich fragen, weshalb Minderjährige nicht testamentarisch (wirtschaftlich), aber (persönlichkeitsrechtlich) über ihre Organe verfügen können – die Urteilsfähigkeit bezüglich Anordnungen *jeglicher* Kategorie hängen von Tragweite und Komplexitätsgrad bzw. Informationsstand ab, weshalb sowohl vermögens- wie persönlichkeitsrechtliche Anordnungen informierter Jugendlicher (nicht anders als ihre Äusserungen im familienrechtlichen Verfahren) danach zu beurteilen wären, ob die Tragweite überblickbar war, was Frage des informed consent ist, mithin von der Qualität der Aufklärung (bzw. von der Intensität der Betroffenheit und dem damit einhergehenden Erfahrungshorizont) abhängt.

⁶⁰ Vgl. The Human Fertilisation and Embryology Act 2008, abrufbar unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (28. Oktober 2010).

⁶¹ Vgl. zum Streit um Geschwister als Ersatzteillager <http://www.spiegel.de/wissenschaft/mensch/0,1518,554307,00.html> (28. Oktober 2010).

⁶² Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 19. Dezember 2003 (Stammzellenforschungsgesetz, StFG), SR 810.31, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.31.de.pdf> (28. Oktober 2010).

⁶³ Bei der Mukoviszidose handelt es sich um eine «autosomal-rezessiv erbliche Stoffwechselstörung, die in generalisierter Dysfunktion exokriner Drüsen resultiert», vgl. <http://www.wdg.psychyrembel.de> (28. Oktober 2010).

⁶⁴ Vgl. Anm. 16.

⁶⁵ Gross/Kühl, 19.

⁶⁶ MADER, transplantation d'organes, 579 ff., zum Grundsatz der Unentgeltlichkeit in der Transplantationsmedizin; BREITSCHMID/MATT, 68.

Unentgeltlichkeit ein edler Grundsatz ist, liesse sich zur Förderung der Spendebereitschaft durchaus über eine *Reduktion der Krankenkassenprämien* bei einer Lebendspende oder die *Entschädigung von Angehörigen* bei einer postmortalen Organspende diskutieren; hier erscheint wichtig, dass (nur) ein Ausgleich zu den durch die Spende verursachten Kosten entsteht, nicht jedoch ein finanzieller Gewinn⁶⁷. Diskussionswürdig schiene auch, jene als Organempfänger auszuschliessen, welche die Spende ablehnen – zwar soll ärztliche Behandlung ohne Rücksicht auf die Person jedem Menschen angedeihen, aber das egoistische Verhalten, selbst zu verlangen, was man zu geben nicht bereit ist, verdient keinen Schutz, jedenfalls keine über eine Grundversorgung hinausgehende (spitzenmedizinische) Behandlung.

[Rz 37] Um die Organspende in der Schweiz «anzukurbeln», sind verschiedene Modelle denkbar – allerdings sollte auch darüber diskutiert werden, in welchem Rahmen spitzenmedizinische Behandlung überhaupt «anzukurbeln» ist. Um das Spendeaufkommen zu erhöhen, wäre die Art und Weise der Rekrutierung allfälliger Organspender zu überdenken sowie die Thematisierung des Mangels in den Medien zu fördern. Zudem wäre u.E. durchaus die *Widerspruchslösung* vorstellbar, wie sie in Spanien, Italien und Österreich angewendet wird: Das Bewusstsein dafür, dass Organtransplantationen in gewissen Bereichen zum «Standard» gehören, ist – anders als zur Zeit von BGE 101 II 177 – mittlerweile verbreitet, und es haftet solchem Vorgehen nichts Überraschendes mehr an, weshalb in der Gemeinschaft der Versicherungs- und Behandlungsbedürftigen eine gewisse Solidarität vorausgesetzt und expliziter Widerspruch erwartet werden darf. In Österreich ist die Widerspruchslösung in § 62 a Abs. 1 KAG verankert⁶⁸. Diese Lösung sieht vor, dass eine Organentnahme dann zulässig ist, wenn sich der potentielle Organspender zu Lebzeiten nicht gegenteilig geäussert bzw. einer Entnahme nicht ausdrücklich widersprochen hat⁶⁹. Ebenfalls sinnvoll erscheint u.E. die obige Lösung⁷⁰ bzgl. einer Prämienreduktion oder Entschädigung von Spendern bzw. Angehörigen bei der Spende nach dem Tod. Keinesfalls aber dürfen finanzielle Aspekte im Vordergrund stehen, denn nur so kann einer Kommerzialisierung des menschlichen Körpers sowie dem Organhandel (und die Grauzone darum herum) entgegenge wirkt werden.

⁶⁷ BREITSCHMID/MATT, 83; da Folgebehandlungen nicht auszuschliessen sind, wäre z.B. vorstellbar, einen «upgrade» auf eine höhere Versicherungskategorie zu gewähren, damit das eingegangene Risiko wenigstens durch einen Komfortgewinn abgegolten wird.

⁶⁸ Bundesgesetz (Österreich) zur Änderung des Krankenanstaltengesetz (KAG) vom 19. Juni 1982, BGBl Nr. 273/1982, abrufbar unter: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPdf/1982_273_0/1982_273_0.pdf (30. November 2010).

⁶⁹ WIESEMANN/BILLER-ANDORNO, 64; SCHROTH, TPG-Komm., vor § 3,4, N 43 ff.

⁷⁰ Vgl. Anm. 67.

Literaturverzeichnis

AFFOLTER KURT, Die Aufwertung der Selbstbestimmung im neuen Erwachsenenschutzrecht, AJP/PJA 2006, 1057-1067

ARTER OLIVER, Vorsorgeauftrag und Patientenverfügung – Das neue Erwachsenenschutzrecht als erweitertes Tätigkeitsfeld für Berater und Treuhänder, ST 2007, 657-660

BATTMER ROLF-DIETER, 25 Jahre Cochlear-Implantat in Deutschland – eine Erfolgsgeschichte mit Perspektiven: Indikationserweiterung, Reliabilität der Systeme, in: ERNST ARNE/BATTMER ROLF-DIETER/TODT INGO (Hrsg.), Cochlear Implant heute, Heidelberg 2009, 1-9

BIRNBACHER DIETER, Einige Gründe, das Hirntodkriterium zu akzeptieren, in: HOFF JOHANNES/IN DER SCHMITTEN JÜRGEN (Hrsg.), Wann ist der Mensch tot? Organverpflanzung und «Hirntod»-Kriterium, Reinbek bei Hamburg 1994, 28-40

BIRNBAUM F./REINHARD T., Corneatransplantation, in: KRUKEMEYER MANFRED G./LISON ARNO E. (Hrsg.), Transplantationsmedizin: ein Leitfaden für den Praktiker, Berlin 2006, 273-288

BREITSCHMID PETER, Wenn Organe Sachen wären..., in: HONSELL HEINRICH/PORTMANN WOLFGANG/ZÄCH ROGER/ZOBL DIETER (Hrsg.), Aktuelle Aspekte des Schuld- und Sachenrechts: Festschrift für Heinz Rey zum 60. Geburtstag, Zürich 2003, 13-19

BREITSCHMID PETER/GEHRING KASPAR/THEILER ROBERT, Weitergabe von Patientendaten an Versicherer im Spannungsfeld von Kostendruck und Persönlichkeitsrecht, SaeZ 2005, 2751-2757

BREITSCHMID PETER/MATT ISABEL, Organspende, Sektion und Bestattung – zivilrechtliche Streifzüge, in: GROSS DOMINIK/TAG BRIGITTE (Hrsg.), Der Umgang mit der Leiche: Sektion und toter Körper in internationaler und interdisziplinärer Perspektive, Frankfurt a.M./New York 2010, 63-107 (= Todesbilder. Studien zum gesellschaftlichen Umgang mit dem Tod; Bd. 4)

BRÜCKNER CHRISTIAN, Erfahrungen und Empfehlungen aus der Schweiz – Materiellrechtliche und prozessuale Grundlagen – Praktische Handhabungen und Erfahrungen, in: BRÜCKNER CHRISTIAN/WIENKE ALBRECHT/LIPPERT HANS-DIETER (Hrsg.), Der Wille des Menschen zwischen Leben und Sterben: Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht, ausgewählte medizinrechtliche Aspekte, Berlin/Heidelberg/New York u.a. 2000, 139-154 (= MedR: Schriftenreihe Medizinrecht)

BUCHER BARBARA, Rechtliche Aspekte der Organtransplantation (f. Österreich), Patientenautonomie und Grundrechte im Spannungsfeld, Saarbrücken 2008

DELB W./BLOCHING M.B., Einige Gedanken über die Therapie von Hörstörungen in der Zukunft, HNO 2008, 6-9

DEUTSCH ERWIN/SPICKHOFF ANDREAS, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg/New York u.a. 2008

DONATSCH, ANDREAS, Strafrecht III, Delikte gegen den Einzelnen, 9. Aufl., Zürich/Basel/Genf 2008

DUMOULIN JEAN-FRANÇOIS, Organtransplantation in der Schweiz: das Recht am Scheideweg zwischen Leben und Tod, Diss., Bern 1998 (= Collection de l'Institut de Droit de la Santé, Université de Neuchâtel; Bd. 1)

DUNGER CHRISTINE, Die Stellung der Patientenverfügung in Deutschland, Österreich und Schweiz, in: SCHNELL MARTIN W. (Hrsg.), Begleitung am Lebensende im Zeichen des verfügbaren Patientenwillens, Kurzlehrbuch für die Palliative Care, Bern 2009, 35-63

EICHENBERGER THOMAS/JAISLI URS/RICHLI PAUL, (Hrsg.), Basler Kommentar zum Heilmittelgesetz, Basel/Genf/München 2006 (zit. AUTOR/IN, BSK-HMG)

FANKHAUSER ROLAND, Die gesetzliche Vertretungsbefugnis bei Urteilsunfähigen nach den Bestimmungen des neuen Erwachsenenschutzrechts, BJM 2010, 239-266

FATEH-MOGHADAM BIJAN, Die Einwilligung in die Lebendorgan-spende: die Entfaltung des Paternalismusproblems im Horizont differenter Rechtsordnungen am Beispiel Deutschlands und Englands, Diss., München 2008 (= Münchener Universitätsschriften. Reihe der Juristischen Fakultät; Bd. 219)

FURGER FRANZ, Probleme der Transplantationsmedizin aus theologischer Sicht, in: ACH JOHANN S./QUANTE MICHAEL (Hrsg.), Hirntod und Organverpflanzung – Ethische, medizinische, psychologische, und rechtliche Aspekte der Transplantationsmedizin, 2. Aufl., Stuttgart 1999, 101-106

GÄCHTER THOMAS/BÜCHLER ANDREA, Medical Law – Switzerland, in: NYS HERMAN (Ed.), Medical Law, International Encyclopedia of Laws (Roger Blanpain and Michele Colucci, Eds. gen.), Alphen aan den Rijn (NL) 2010

GÄCHTER THOMAS/VOLLENWEIDER IRENE, Gesundheitsrecht: Ein Grundriss für Studium und Praxis, 2. Aufl., Basel 2010

GROSS DOMINIK/KÜHL RICHARD, Die Aneignung des menschlichen Leichnams: Facetten eines wenig beleuchteten Phänomens, in: GROSS DOMINIK/GRANDE JASMIN (Hrsg.), Objekt Leiche: Technisierung, Ökonomisierung und Inszenierung toter Körper, Frankfurt/New York 2010, 17-35 (= Todesbilder. Studien zum gesellschaftlichen Umgang mit dem Tod; Bd. 1)

GUTMANN THOMAS/SCHROTH ULRICH, Organlebenspende in Europa: rechtliche Regelungsmodelle, ethische Diskussion und praktische Dynamik, Berlin/Heidelberg u.a. 2002 (= MedR: Schriftenreihe Medizinrecht)

HAAS RAPHAËL, Die Einwilligung in eine Persönlichkeitsverletzung nach Art. 28 Abs. 2 ZGB, Diss., Zürich 2007 (= Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft, Bd. 18)

HÄFELI CHRISTOPH, Der Entwurf für die Totalrevision des Vormundschaftsrechts – Mehr Selbstbestimmung und ein rhetorisches (?) Bekenntnis zu mehr Professionalität, FamPra. ch 2007, 1-24

HAUSHEER HEINZ/GEISER THOMAS/AEBI-MÜLLER REGINA E., Das neue Erwachsenenschutzrecht, Bern 2010

HOFFER PASCAL, Das Recht der Transplantationsmedizin in der Schweiz: rechtsdogmatische, rechtspolitische und rechtsvergleichende Aspekte, Diss., Münster 2006 (= Recht - Ethik - Gesundheit; Bd. 3)

JOSSELYN SARA E., Informed consent as a requirement for post mortem organ donation: the presence of pre mortem medical interventions in prevailing post mortem organ donation protocols, Saarbrücken 2008

KELLER MARTINA, Ausgeschlachtet: die menschliche Leiche als Rohstoff, Berlin 2008

KIRSTE GÜNTHER, Medizinische Aspekte der Organtransplantation, in: BECKMANN JAN P./KIRSTE GÜNTHER/SCHREIBER HANS-LUDWIG (Hrsg.), Organtransplantation: Medizinische, rechtliche und ethische Aspekte, Freiburg/München 2008, 13-63 (= Ethik in den Biowissenschaften; Bd. 7)

KNOEPFFLER N., Ethische Fragen bei Organtransplantationen, in: KRUKEMEYER MANFRED G./LISON ARNO E. (Hrsg.), Transplantationsmedizin: ein Leitfaden für den Praktiker, Berlin 2006, 95-105

LACHENMEIER PASCAL, Der Tod im liberalen Staat: die Definitionsmacht des Rechts über den Todeszeitpunkt, Diss., Basel 2008 (= Basler Studien zur Rechtswissenschaft. Reihe D, Grundlagen; Bd. 3)

LAUFS ADOLF/UHLENBRUCK WILHELM, Handbuch des Arztrechts, 3. Aufl., München 2002

LÖWENHEIM H./WALDHAUS J./HIRT B./SANDKE S./MÜLLER M., Regenerative Medizin in der Therapie der Innenohrschwerhörigkeit, HNO 2008, 288-300 (zit. LÖWENHEIM) MADER MÉLANIE, La promotion du don d'organes au-delà de l'information: les modèles pécuniaires et non pécuniaires entre éthique et droit, in: FLÜCKIGER ALEXANDRE (Hrsg.), Emouvoir et persuader pour promouvoir le don d'organes? L'efficacité entre éthique et droit, Genève/Zürich/Bâle 2010, 151-205 (zit. MADER)

MADER MÉLANIE, Le principe de la gratuité du don en matière de transplantation d'organes d'origine humaine: un concept indéterminé?, in: CASHIN RITAINE ELEANOR/MAÎTRE ARNAUD ELODIE (Hrsg.), Notions-cadre, concepts indéterminés et standards juridiques en droits interne, international et comparé, Genève/Zürich/Bâle 2008, 579-607 (zit. MADER, transplantation d'organes)

NAGEL MARKUS, Organtransplantation und Internationales Privatrecht, Berlin/Heidelberg 2009 (= MedR: Schriftenreihe Medizinrecht)

NETT PHILIPP C. [et al.], Transplantationsmedizin: Strategien gegen den Organmangel, Schweiz Med Forum 2003, 559-568

PETERMANN FRANK [*** ELEMENT SMALLCAPS WAS DECLARED #PCDATA BUT CONTAINS NON TEXT NODES IN ENTITY] TH.,

Demenz-Erkrankungen und Selbstbestimmung – ein Widerspruch in sich?, in: PETERMANN FRANK TH. (Hrsg.), Sicherheitsfragen der Sterbehilfe, St. Gallen 2008, 153-243 (= Institut für Rechtswissenschaft und Rechtspraxis; Bd. 54) (zit. PETERMANN, Sterbehilfe)

PETERMANN FRANK TH., Urteilsfähigkeit: Generelle Aspekte, Urteilsfähigkeit als Ehevoraussetzung, zum Testieren, zum willentlichen Sterben sowie Screening-Tools, Zürich/St. Gallen 2008

PFÄNDLER KURT, Klare Patientenverfügung geht dem Gesetz vor, Plädoyer 2007, 31-32

RUDOLF MICHAEL/BITTNER JAN/ROTH WOLFGANG, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung und Patientenverfügung, 2. Aufl., Angelbachtal 2006 (= Schriftenreihe der Deutschen Vereinigung für Erbrecht und Vermögensnachfolge; Bd. 6)

SCHOTT HEINZ, Der Leichnam in medizinhistorischer Sicht, in: GROSS DOMINIK/ESSER ANDREA/KNOBLAUCH HUBERT/TAG BRIGITTE (Hrsg.), Tod und toter Körper: – Der Umgang mit dem Tod und der menschlichen Leiche am Beispiel der klinischen Obduktion, Kassel 2007, 45-58

SCHROTH ULRICH [et. al.], Transplantationsgesetz: Kommentar, München 2005

SCHWARZENEGGER CHRISTIAN/MANZONI PATRIK /STUDER DAVID/LEANZA CATIA, Was die Schweizer Bevölkerung von Sterbehilfe und Suizidbeihilfe hält, Jusletter 13. September 2010

SENN P./HELLER S., Stammzellbasierte Ansätze zur Therapie von Innenohrerkrankungen, HNO 2008, 21-26

SPIEWAK MARTIN, Künstliche Ernährung, Leben am Schlauch, DIE ZEIT, 28. Mai 2009, Nr. 23, 39-40

STAUB TAMARA, Spiritualität vor Organtransplantation, Diss. med., Zürich 2006

TAG BRIGITTE, Das Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen: die schweizerische Rechtslage zur Transplantationsmedizin, in: BÖSE MARTIN [et al.] (Hrsg.), Grundlagen des Straf- und Strafverfahrensrechts: Festschrift für Knut Amelung zum 70. Geburtstag, Berlin 2009, 507-525 (= Schriften zum Strafrecht; Heft 202) (zit. TAG, Bundesgesetz)

TAG BRIGITTE, Organe, Gewebe, Zellen: Gewinnung und Weiterverarbeitung, strafrechtliche und strafrechtsethische Grenzen, in: YEDITEPE ÜNİVERSİTESİ, HUKUK FAKÜLTESİ (Hrsg.), Bilim ve uygulamada ilaç ve hukuk uluslararası sempozyumu, 4-6 haziran 2008, Istanbul 2009, 53-62 (zit. TAG, Zellen)

TAG BRIGITTE, Zum Umgang mit der Leiche: rechtliche Aspekte der dauernden Konservierung menschlicher Körper und Körperteile durch die Plastination, MedR 1998, 387-394 (zit. TAG, Konservierung)

TAG BRIGITTE/THIER MARKUS, Rechtsfragen im Umgang mit der Leiche, in: GROSS DOMINIK/GLAHN JULIA/TAG BRIGITTE (Hrsg.), Die Leiche als Memento mori: interdisziplinäre Perspektiven

auf das Verhältnis von Tod und totem Körper, Frankfurt a.M. 2010, 103-124 (= Todesbilder. Studien zum gesellschaftlichen Umgang mit dem Tod; Bd. 2) (zit. TAG/THIER)

TREMP DANIA, Lebendspende in der Schweiz: insbesondere die finanzielle Absicherung des Spenders von Organen, Geweben und Zellen, Diss., Basel 2010

VON ARBURG WALTER, Ein Hilferuf aus dem Briefkasten, Tagesanzeiger v. 29. Oktober 2010, 22

WETZ FRANZ JOSEF/TAG BRIGITTE, «Körperwelten» – die erfolgreichste Wanderausstellung unserer Zeit, in: WETZ FRANZ JOSEF/TAG BRIGITTE (Hrsg.), Schöne neue Körperwelten: der Streit um die Ausstellung, Stuttgart 2001, 7-19

WIDMER BLUM CARMEN LADINA, Urteilsunfähigkeit, Vertretung und Selbstbestimmung – insbesondere: Patientenverfügung und Vorsorgeauftrag, Diss., Zürich 2010 (= Luzerner Beiträge zur Rechtswissenschaft; Bd. 48)

WITTWER HÉCTOR/SCHÄFER DANIEL/FREWER ANDREAS (Hrsg.), Sterben und Tod: Geschichte – Theorie – Ethik. Ein interdisziplinäres Handbuch, Stuttgart/Weimar 2010

WIESEMANN CLAUDIA/BILLER-ANDORNO NICOLA, Medizinethik, Stuttgart 2005

Materialienverzeichnis

Botschaft des Bundesrates zur Änderung des schweizerischen Zivilgesetzbuches (Erwachsenenschutz, Personenrecht und Kindsrecht) vom 28. Juni 2006 (BBI 2006, 7001 ff., Gesetzesentwurf 7139 ff. sowie nunmehr die definitive Fassung vom 19. Dezember 2008 in BBI 2009, 141 ff.)

Bundesgesetz vom 17. Dezember 2004 über Voraussetzungen und Verfahren bei Sterilisation (Sterilisationsgesetz, SR 211.111.1), <http://www.admin.ch/ch/d/as/2005/2499.pdf> (25. Oktober 2010)

Bundesgesetz über die Forschung an embryonalen Stammzellen vom 19. Dezember 2003 (Stammzellenforschungsgesetz, StFG), SR 810.31, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.31.de.pdf> (28. Oktober 2010)

Bundesgesetz über die Transplantation von Organen, Geweben und Zellen vom 8. Oktober 2004 (TranspLG), SR 810.21, abrufbar unter: <http://www.admin.ch/ch/d/sr/8/810.21.de.pdf> (11. Oktober 2010)

Bundesgesetz (Österreich) zur Änderung des Krankenanstaltengesetz (KAG) v. 19.06.82, BGBl Nr. 273/1982, abrufbar unter: http://www.ris.bka.gv.at/Dokumente/BgblPDF/1982_273_0/1982_273_0.pdf (30. November 2010)

Ein Muster eines Organspendeausweises findet sich unter: <http://www.swisstransplant.org/l1/> (28. Oktober 2010)

Verordnung über die Transplantation von menschlichen Organen, Geweben und Zellen (Transplantationsverordnung),

SR 810.211, abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/sr/c810_211.html (11. Oktober 2010)

Medizinisch-ethische Richtlinien der SAMW, Lebendspende von soliden Organen (2008), abrufbar unter: <http://www.samw.ch/de/Ethik/Richtlinien/Aktuell-gueltige-Richtlinien.html> (11. Oktober 2010)

Medizinisch-ethische Richtlinie der SAMW zur Patientenverfügung vom 19. Mai 2009, <http://www.samw.ch/de/Aktuell/News.html> (11. Oktober 2010)

Medizinprodukteverordnung vom 17. Oktober 2001 (Mep V), 812.213, abrufbar unter: http://www.admin.ch/ch/d/sr/c812_213.html (11. Oktober 2010)

The Human Fertilisation and Embryology Act 2008, abrufbar unter: <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2008/22/contents> (28. Oktober 2010)

Übereinkommen zum Schutz der Menschenrechte und der Menschenwürde im Hinblick auf die Anwendung von Biologie und Medizin (Übereinkommen über Menschenrechte und Biomedizin) (AS 2008 5137) v. 4. April 1997 <http://www.admin.ch/ch/d/as/2008/5137.pdf> (28. Oktober 2010)

CAROLINE WITTWER, cand. iur., wissenschaftliche Mitarbeiterin am Lehrstuhl Breitschmid, Universität Zürich, dipl. Pflegefachfrau HF – Korrespondenz: Ist.breitschmid@rwi.uzh.ch. Dieser Beitrag ist in liebevoller Erinnerung Lea gewidmet. Mein Dank gilt ihrer Familie für die geleistete Hilfsbereitschaft und Unterstützung (vgl. Rz. 13).

PETER BREITSCHMID, Prof. Dr.iur., Lehrstuhl für Privatrecht mit Schwerpunkt ZGB, Mitglied Doktoratskommission Biomedical Ethics and Law, Universität Zürich – Korrespondenz: peter.breitschmid@rwi.uzh.ch.

* * *